

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA EN CHILE: EL CASO DE LA LEY QUE PROPONÍA EL REGISTRO DE USUARIOS DE CIBERCAFÉS

*Right to the protection of private life
in Chile: the proposal of cybercafé
users's registration*

JAANA BRAZ RODRIGUES*

Centro de Derecho Internacional
Belo Horizonte, Brasil

RESUMEN: El 5 de enero de 2011, la Cámara de Diputados de Chile somete a control preventivo de constitucionalidad un proyecto de ley sobre la coacción del acoso sexual de menores, posesión de material pornográfico y pornografía infantil virtual o simulada, conductas definidas en los artículos 366 quáter y 366 quinquies del Código Penal. El 12 de julio de 2011, el Tribunal Constitucional (TC) emite su decisión, en el ámbito de la causa Rol n° 1894-2011-CPR. A propósito del dispositivo del proyecto que propone el Registro de Usuarios de Cybercafé que, en teoría, cometen dichos delitos impunemente, el fallo trata de temas polémicos y relevantes, tales como: la igualdad ante la ley, el derecho a la protección de

* Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Especialista en Derecho Internacional del Centro de Estudios en Derecho y Negocios. Abogado de la Universidad Federal de Minas Gerais. Coordinadora de proyectos y profesora del Centro de Derecho Internacional, Belo Horizonte, Brasil. Investigadora de la Comisión de la Verdad en Minas Gerais. Correo electrónico: <jaana-braz@gmail.com>.

Comentario recibido el 3 de enero de 2017 y aceptado para publicación el 15 de enero de 2017.

la vida privada y el principio de la reserva legal. Tras transcribir los fundamentos principales del fallo y de las opiniones disidentes, este artículo propone una serie de cuestionamientos y reflexiones acerca de los temas tratados.

PALABRAS CLAVE: *derecho a la vida privada, derechos y garantías individuales, control de constitucionalidad.*

ABSTRACT: *On January 5th, 2011, the Chamber of Deputies of Chile submits to preventive constitutional review a draft law on coercion of sexual harassment of minors, possession of pornographic material and virtual or simulated child pornography, crimes defined in Articles 366 quáter and 366 quinquies of the Penal Code. On July 12th, 2011, the Constitutional Court issues its decision, within the scope of case No. 1894-2011-CPR. Regarding the draft's mechanism that proposes the registration of cybercafés users who theoretically commit such crimes with impunity, the ruling addresses controversial and relevant issues, such as equality before the law, the right to protection of private life and the principle of legal reserve. After transcribing the main foundations of the ruling and of dissenting opinions, this article proposes a series of questions and reflections on the topics discussed.*

KEYWORDS: right to protection of private life, individual rights and guarantees, constitutional review

INTRODUCCIÓN

El proyecto de ley enviado al TC para control preventivo de constitucionalidad, y que originó la sentencia que será objeto de nuestro análisis, se ocupa de la coacción del acoso sexual de menores, posesión de material pornográfico y pornografía infantil virtual o simulada, conductas definidas en los artículos 366 quáter y 366 quinquies del Código Penal.

De la historia de la Ley n° 20.526 se desprende que varios parlamentarios y autoridades consultadas se manifestaron en el sentido que los cibercafés son un lugar propicio para la perpetración de delitos como el acoso sexual de menores y la pornografía infantil a través de medios electrónicos, porque en caso de una investigación policial será posible llegar al computador utilizado (a través de la dirección IP), pero no al usuario del equipo en el momento de

la manipulación del material. Ello porque no existe un registro de usuarios, y éstos, por lo mismo, se encuentran protegidos por el anonimato.

La comisión de delitos a través de internet es un problema contemporáneo al surgimiento y avance de la tecnología, y su prevención y solución depende, en gran medida, de la propia tecnología. Antes de la promulgación de la Ley n° 20.526, si bien no existía la previsión legal expresa de la posibilidad de que los delitos de acoso sexual de menores, pornografía infantil y posesión de material pornográfico fueron cometidos “*a distancia, mediante cualquier medio electrónico*”, existen por lo menos dos casos de condena por este tipo de conductas en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios chilenos: en el primero, el imputado conquista la amistad de la víctima a través de la aplicación *Messenger*, para exigirle, mediante amenazas, que pose desnuda frente a la cámara web, y guardar en su computador las imágenes obtenidas.¹ El segundo caso, se refiere a una investigación respecto de un programa que permite el intercambio de archivos electrónicos, y a través de la cual se logra identificar a dos usuarios que bajaban material de contenido pornográfico infantil.²

En ambos casos, anteriormente citados, la identificación de los acusados y la incautación de sus computadores fueron realizadas en el marco de una investigación y solo fueron posibles en vista de una invasión no permitida por los sujetos investigados a su esfera de privacidad, pues se utilizaron técnicas de rastreo de documentos y datos de carácter personal.

En el caso del fallo que nos toca examinar, el TC considera que el registro de usuarios de cibercafés viola el derecho a la protección de la vida privada constitucionalmente asegurado, una vez que permitiría el monitoreo de las acciones, preferencias y relaciones personales de los usuarios, aún sin la existencia de una investigación específica en curso y un orden judicial que lo permitiera.

¹ 1° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, *Riquelme Gutiérrez con Duarte Caroca* (2008, R.I.T. n° 111-2008).

² Corte Suprema, *Middleton Bengoa y Harseim Nemes con Ministerio Público* (2009, rol n° 3557-2009).

I. PRINCIPALES DERECHOS E INSTITUCIONES EN CONFLICTO

1. *Igualdad ante la ley*

El artículo 19 n° 2 de la Constitución Política de la República (CPR) garantiza el principio de la igualdad ante la ley, prohibiendo el establecimiento de diferencias arbitrarias por parte de la ley y de la autoridad. El TC, en abundante jurisprudencia sobre el tema³, entiende que: a) no se trata de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo; b) el establecimiento de criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen; c) la distinción debe sujetarse a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados.

En materia económica, este principio recibe regulación especial en el artículo 19 n° 22 de la CPR y el Tribunal aplica los criterios antes mencionados, debidamente adaptados, para entender que la distinción en materia económica es legítima si responde a un hecho objetivo, posee un fin lícito y deseado por la CPR, establece una restricción mínima y razonable respecto de sus competidores, además de cumplir con las formalidades constitucionales.⁴

2. *Derecho a la protección de la vida privada*

El artículo 19 n° 4 de la CPR asegura el “respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”. El contenido de este derecho ha evolucionado históricamente a nivel mundial y la jurisprudencia del TC viene definiendo los contornos que tiene este derecho en Chile.

En cuanto al sentido de la expresión “respeto”, contenida en el artículo 19 n° 4 de la CPR, el Tribunal señaló que implica la obligación de terceras personas de no interferir en el ámbito del valor y la conducta que protege el ordenamiento jurídico a través de las garantías constitucionales.⁵ En esa línea, el derecho a la privacidad es relacionado con la situación de una persona, en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones de agentes externos y

³ V.gr., Tribunal Constitucional, *Sepúlveda Álvarez con Ministerio Público* (2010, rol n° 1683-2010-INA).

⁴ V.gr., Tribunal Constitucional, *Cabezas Villalobos y otros con Televisión Nacional de Chile* (2010, rol n° 1732-2010-INA y rol n° 1800-2010-INA, acumulados).

⁵ Tribunal Constitucional, *Molina Vallejo con Fuenzalida Calvo y otros* (2009, rol n° 1419-2009-INA).

ajenos a su interioridad física o psicológica y las relaciones que mantiene o tuvo con otros.⁶ El Tribunal ha afirmado aún que la privacidad integra los derechos personalísimos o del patrimonio moral de cada individuo, los cuales emanan de la dignidad personal y son, por su cualidad de íntimos de cada sujeto, los más cercanos o próximos a esta característica, única y distintiva, del ser humano.⁷

Sin embargo, el propio Tribunal se ha pronunciado en distintas oportunidades sobre la facultad que tiene el legislador para limitar el ejercicio de derechos pero siempre con la restricción de no afectar la esencia de éstos⁸, señalando que, en el caso del derecho a la protección de la vida privada, pueden establecerse limitaciones legales por finalidades razonables, además de la intromisión estatal justificada en caso de realización de hechos delictivos.⁹

A nivel infra constitucional, es posible mencionar distintos cuerpos legales relativos a la materia. Por ejemplo, el Código Penal¹⁰, en sus artículos 161-A y 161-B, sanciona conductas consideradas invasivas a la vida privada; la Ley que trata de la protección de datos de carácter personal¹¹ se refiere al tratamiento de datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares; la Ley sobre abusos de publicidad¹² regula la libertad de emitir opinión e informar consagrada en el artículo 19 n° 12 de la CPR y sanciona eventuales abusos y delitos cometidos en el ejercicio de dicha libertad; el Código de Ética Profesional¹³ establece, en su Título IV, el deber de confidencialidad, entre otras.

3. Reserva legal

El principio de reserva legal se relaciona con la atribución del Presidente de la República para dictar, unilateralmente, normas jurídicas generales o

⁶ Tribunal Constitucional, *Sepúlveda Álvarez con Ministerio Público* (2010, rol n° 1683-2010-INA).

⁷ Tribunal Constitucional, *Oficio n° 4521, enviado por la Cámara de Diputados* (2003, rol n° 389-2003-CPR).

⁸ Tribunal Constitucional, *Oficio n° 5344, enviado por la Cámara de Diputados* (2005, rol n° 433-2005-CPR).

⁹ Tribunal Constitucional, *Sepúlveda Álvarez con Ministerio Público* (2010, rol n° 1683-2010-INA).

¹⁰ Los artículos 161-A y 161-B fueron incorporados por la Ley n° 19.423 de 1995.

¹¹ Ley n° 19.628 de 1999.

¹² Ley n° 16.643 de 1967.

¹³ Código de Ética Profesional de 2011.

especiales destinadas al gobierno o a la administración del Estado o a la ejecución de las leyes. En lo que se refiere a la potestad reglamentaria de ejecución, actualmente el TC entiende que se trata de una técnica de colaboración en materias que el legislador no puede abordar por su complejidad, mutabilidad, tecnicismo, etc. (teoría de la reserva legal relativa).

Según esta doctrina, afirmar que una determinada materia está regida por el principio de reserva legal no equivale necesariamente a excluir que la potestad reglamentaria de ejecución pueda, dentro de los márgenes constitucionales, normar esa misma materia, salvo en aquellos casos en que la propia CPR ha reservado a la ley y solo a ella disponer en todos sus detalles en una determinada materia.¹⁴

En caso de restricciones a derechos fundamentales, el Tribunal entiende que cuando es la propia ley habilitante la que autoriza la potestad reglamentaria para pormenorizar las restricciones tratadas, en aras de un interés social superior, no es la norma reglamentaria la que, en forma autónoma y sin respaldo legal, faculta la restricción de determinados derechos o garantías, cumpliéndose así requisito de la habilitación legal previa y suficiente, que la CPR requiere en sus artículos 32 N° 8 (6) y 60 (63), para que la potestad reglamentaria subordinada de ejecución pueda ser ejercida respetando el principio de reserva legal.

II. EL FALLO

El 5 de enero de 2011, la Cámara de Diputados de Chile somete a control preventivo de constitucionalidad un proyecto de ley sobre la coacción del acoso sexual de menores, posesión de material pornográfico y pornografía infantil virtual o simulada, conductas definidas en los artículos 366 *quáter* y 366 *quinquies* del Código Penal. El 12 de julio de 2011, el TC emite su decisión, en el ámbito de la causa Rol n° 1894-2011-CPR. A seguir, se transcriben los fundamentos principales del fallo y de las opiniones disidentes.

1. El voto de la mayoría¹⁵

“PRIMERO: Que, por Oficio N° 9190, de 5 de de enero de dos mil once, ingresado a esta Magistratura el día 7 del mismo mes y año, la Cámara de Diputados transcribe el Proyecto de Ley, aprobado por el Congreso

¹⁴ Tribunal Constitucional, *Iberoamericana de Energía Ibener S. A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2006, rol n° 480-2006-INA).

¹⁵ Los subtítulos utilizados forman parte de la sentencia original.

Nacional, que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil (Boletín N° 5837-07), con el objeto de que este Tribunal, conforme a la atribución que le ha sido conferida en el N° 1° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución Política, ejerza el control preventivo de constitucionalidad respecto de su artículo 4°; (...)

QUINTO: Que la norma sometida a control, contenida en el artículo 4° del Proyecto de Ley individualizado en el considerando primero de la presente sentencia, dispone:

“Artículo 4°. Los establecimientos comerciales, cuya actividad principal sea ofrecer al público servicios de acceso a internet, a través de computadores propios o administrados por ellos, deberán mantener un registro actualizado de los usuarios, durante un plazo no inferior a un año, en el que se consignará su nombre, cédula de identidad o número de pasaporte, o con los datos que se consignan en la licencia de conducir o en el pase escolar, fecha y hora inicial de cada acceso e individualización del equipo en el cual se utilizó el servicio.

“El responsable del establecimiento deberá exigir a los usuarios la exhibición de alguno de los documentos antes indicados en el acto de su registro y siempre que fuesen a hacer uso de un computador para los efectos señalados en el inciso precedente.

“Los establecimientos a que se refiere el presente artículo, no permitirán el uso de sus computadores a las personas que no proporcionen los datos previstos en el inciso primero o que lo hicieren en forma incompleta y a las personas que no portaren alguno de los documentos anteriormente señalados, o se negaren a exhibirlos.

“Los registros a que se refiere el presente artículo tienen el carácter de reservado y su examen solo podrá ordenarse por el juez de garantía, a petición del Ministerio Público, sin perjuicio del ejercicio de las atribuciones establecidas en el inciso séptimo. El incumplimiento del deber de reserva establecido en el presente inciso, por parte del responsable del establecimiento o alguno de sus dependientes, será sancionado con multa de 2 a 10 unidades tributarias mensuales y clausura temporal del establecimiento por un período no superior a tres meses. La reincidencia en la comisión de dicha infracción, se castigará con multa de 4 a 20 unidades tributarias mensuales y la clausura definitiva.

“El incumplimiento de las obligaciones establecidas en los incisos primero a tercero del presente artículo será sancionado con multa de 2 a 10 unidades tributarias mensuales. En el caso de una segunda condena por dicho incumplimiento, se podrá aplicar, adicionalmente, la clausura temporal del establecimiento por un período no superior a tres meses. De existir una tercera condena por tal incumplimiento, se aplicará el doble de la multa y la clausura definitiva.

“De las infracciones contempladas en las disposiciones que preceden, conocerán los juzgados de policía local, conforme a las normas del procedimiento ordinario, contemplado en la ley N° 18.287, que Establece Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local.

“Para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo, todos los establecimientos a que se refiere el inciso primero estarán sujetos a la vigilancia e inspección de Carabineros de Chile y de los inspectores municipales, resultando aplicable lo dispuesto en el artículo 2° de la ley N° 19.925, sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas.

“Un reglamento, dictado por el Ministerio de Justicia, determinará las características específicas del Registro que deberán llevar los establecimientos a que se refiere el inciso primero, las medidas de seguridad que deberán adoptarse y toda otra norma que resulte necesaria para su implementación.

“Lo dispuesto en el presente artículo entrará a regir noventa días después de la publicación en el Diario Oficial del reglamento a que se refiere el inciso precedente.”; (...)

I.- MATERIA (...)

SÉPTIMO: Que (...) la norma del artículo 4°, en sus nueve incisos, regula en su totalidad una materia propia de ley orgánica constitucional, a que se refiere la Constitución Política de la República en su artículo 77, toda vez que los referidos incisos en su globalidad constituyen un todo armónico e indivisible que no es posible separar o escindir. Motivo por el cual forma parte, de igual modo, de la aludida ley orgánica constitucional (...);

II.- OBSERVACIONES GENERALES SOBRE LA NORMA.

1) QUIÉN LLEVA EL REGISTRO.

DECIMOPRIMERO: Que el proyecto en revisión alcanza únicamente a los “establecimientos comerciales cuya actividad principal sea ofrecer al público servicios de acceso a internet”, los que ejercen un comercio reconocido como “Centros de Acceso a Internet” (...).

2) *QUIÉN PUEDE CONOCER DEL REGISTRO.*

DECIMOSEGUNDO: Que el proyecto regula el examen de estos registros a petición del Ministerio Público y previa orden del juez de garantía, pero sin insertar esta norma dentro del Código Procesal Penal, ni remitirse a las formalidades que prescribe este cuerpo normativo.

Con todo, de entenderse aplicables éstas, tal competencia no aparece condicionada a las necesidades imperiosas de una investigación en curso respecto de delitos específicos y determinados, como tampoco se contemplan a este efecto las debidas garantías procesales para el afectado. Más todavía, al no negarse su procedencia, podría interpretarse que esta diligencia cabe aun “sin conocimiento del afectado”, lo que no resulta justificado (...).

3) *CÓMO SE CUSTODIA EL REGISTRO.*

DECIMOCUARTO: Que para resguardar el contenido de estos archivos, se establece un genérico deber de reserva cuya infracción se castiga con una mera sanción de multa y hasta clausura temporal o definitiva, en tanto que de ser cometido análogo ilícito por empleados públicos, con perjuicio del afectado, la pena sería privativa de libertad, acorde con el Código Penal y otras leyes especiales. (...)

DECIMOQUINTO: Que, además, el proyecto no consagra medidas legales de seguridad tendientes a evitar desviaciones en el uso del registro, ni establece medidas de salvaguarda atinentes a la conservación, debida corrección y posterior destrucción de los datos reunidos, desde que no determina la suerte del registro transcurrido que sea el plazo de mantención de un año; amén de que en el intertanto no se ordena entregar, a la persona anotada, copia auténtica de respaldo. (...)

III.- *LIBERTADES E IGUALDAD ANTE LA LEY.*

DECIMOSÉPTIMO: Que cuadra objetar, por de pronto, que el deber de llevar estos registros pese exclusiva e infundadamente sobre dichos establecimientos cuya “actividad principal” es ofrecer accesos a internet, sin que existan suficientes antecedentes como para inferir -con valor de

probable verdad y un cierto poder predictivo- que en ellos se cometen preferentemente los delitos pesquisados, dando así origen a una condición que de suyo los estigmatiza, desalienta el ingreso de quienes repudian la sensación de vigilancia constante y, por ello, podría inducir su migración hacia otros establecimientos que brindan servicios iguales, tales como hoteles, clubes, cafeterías, bares y restaurantes. (...)

DECIMONOVENO: Que las tareas de acopio de esta clase de hechos personales y su posterior almacenamiento en registros o bancos de datos, con el propósito de facilitar una eventual pesquisa criminal o con miras a producir inteligencia policial, efectivamente envuelven el ejercicio de incisivos cometidos oficiales, vinculados a la investigación de hechos constitutivos de delito y a la conservación del orden institucional.

De modo que, por eso, su realización no puede encomendarse a entidades privadas cuyo negocio es uno muy otro, a la par de sujetarse a estrictas medidas de seguridad -de que el proyecto carece-, especialmente en lo relativo a la custodia e intangibilidad de tales archivos, comoquiera que al no prevenir posibles filtraciones o manipulaciones, aumenta el peligro de que los sujetos registrados se vean expuestos a abusos o a ser incriminados sin causa justificada;

IV.- VIDA PRIVADA O INTIMIDAD. (...)

VIGESIMOPRIMERO: Que, en efecto, [el derecho al respeto y protección de la vida privada] comprende un ámbito de no intromisión en un aspecto reservado de la vida personal, que cierra el paso a las indagaciones de otros, sean agentes estatales o privados.

Esto, a menos que medie el consentimiento espontáneo de la misma persona, a modo de mantener cierto gobierno sobre los datos que le conciernen, o la ley autorice una controlada intrusión para el caso -por ejemplo- de una específica investigación en curso, que haga suponer la comisión de un ilícito concreto y donde no sea posible obtener la información faltante por otros medios en fuentes abiertas.

VIGESIMOSEGUNDO: Que, naturalmente, cualquiera entiende -aun sin ser jurisperito- que está a salvo en su legítima discreción para circular anónima e indistinguiblemente de los demás, sin chequeos o registros, a menos que a juicio de una autoridad competente hubiera causas probables que inciten a pensar que se están perpetrando ilícitos concretos y verosímiles.

De suerte que, esto sentado, dicha intimidad resultaría usurpada en caso de seguimientos o monitoreos sistemáticos, constantes y focalizados para husmear a qué lugares asiste alguien, por pertenecer a una categoría a priori sospechable de ciudadanos; por dónde -vías, caminos o canales- se desplaza en particular; cuál es el número de los sitios que visita y de las direcciones contactadas, precisamente; con quién, o con cuánta duración y frecuencia se producen las conexiones realizadas. Más todavía cuando, a partir de estos datos, hoy es factible ir de hurones e inferir historiales o perfiles individuales, que incluyen hábitos y patrones de conducta humana, hasta poder revelar las preferencias políticas, opciones comerciales e inclinaciones sociales de las personas;

VIGESIMOTERCERO: Que la intimidad no solo puede darse en los lugares más recónditos, sino que también se extiende, en algunas circunstancias, a determinados espacios públicos donde se ejecutan específicos actos con la inequívoca voluntad de sustraerlos a la observación ajena (...).

Así, no obstante que los cibercafés constituyen locales accesibles en general al público, en cuanto no se puede inadmitir a ningún cliente o usuario, a diferencia de otros lugares de afluencia masiva, suelen organizarse internamente en cámaras o cabinas individuales y reservadas, justamente en consideración a los servicios de interconexión que facilitan y a modo de cautelar que dentro de ellos tenga cobijo un cierto ámbito de privacidad. Igualmente internet, puesto que si bien esta red informática mundial configura un espacio abierto a todos, los sitios visitados en un recorrido, así como los correos electrónicos y la mensajería instantánea allí producidos, revisten carácter confidencial; (...).

V.- RESERVA LEGAL.

VIGESIMOQUINTO: Que, como se lleva visto, el proyecto traslada a un reglamento determinar las características del mentado registro y las “medidas de seguridad que deberán adoptarse” a su respecto (...).

VIGESIMOSEXTO: Que, de lo dicho, puede apreciarse que se está ante una delegación normativa constitucionalmente inadmisibles, toda vez que el legislador no ha establecido parámetros objetivos y precisos a los que deba sujetarse la autoridad administrativa a efectos de reglamentar la disposición legal en el tópico aludido.

Como lo señalara esta Magistratura, si bien nuestro ordenamiento permite convocar la potestad reglamentaria con miras a facilitar la ejecución

de una ley, en aspectos técnicos o subordinados que son de suyo variables, sin embargo, los conceptos esenciales deben ser determinables según la ley, al punto de excluir toda arbitrariedad y establecer una sola solución jurídicamente procedente (sentencia Rol N° 718);

2. Disidencia del Ministro Bertelsen Repetto

"[L]as únicas normas orgánico constitucionales contenidas en dicho artículo son las de sus incisos cuarto y sexto, por referirse a materias de aquellas que el artículo 77 constitucional ordena sean reguladas por una ley de esa naturaleza".

3. Disidencia de los Ministros Fernández Fredes y Carmona Santander

(...) III. EL ACTUAL MARCO NORMATIVO

13. Que, en primer lugar, los cibercafés son actividades desreguladas. Salvo las obligaciones generales propias de toda actividad económica, como tener un RUT y pagar los impuestos y las patentes, no tienen normas especiales que los regulen. En este sentido, cualquiera persona natural o jurídica puede llevar a cabo esta actividad;

14. Que, en segundo lugar, el ingreso a los cibercafés es un acto voluntario por parte del usuario correspondiente. No hay un monopolio que obligue a usar los computadores que se encuentran en ellos. Las personas, libremente, deciden usar un cibercafé, cuál, el horario, etc. El usuario debe cumplir las condiciones que le exija el establecimiento. Estas pueden incluir su identificación;

15. Que, en tercer lugar, no hay restricciones para el uso de internet [en los términos de] la Ley General de Telecomunicaciones (...). Dicha libertad es ratificada por el Reglamento que regula las características y condiciones de la neutralidad de la red en el servicio de acceso a internet (D.S. N° 368/2010, MTT, D.O. 18.03.2011) (...). Las únicas excepciones a este principio general son las que establece la misma ley, las cuales son de distinto tipo. Por de pronto, están aquellas que tienen que ver con tráfico o administración de la red (...). Una segunda excepción es que los propios usuarios se auto restrinjan [a través de bloqueo de contenidos, controles parentales, etc.] (...).

16. Que, en cuarto lugar, los proveedores de internet deben procurar "preservar la privacidad de los usuarios, la protección contra virus y la

seguridad de la red, utilizando para ello las herramientas tecnológicas disponibles” (artículo 10, D.S. N° 369/2010, MTT) (...)

17. Que, finalmente, cabe señalar que de acuerdo a nuestra regulación (Ley N° 19.628) cualquier persona puede crear una base de datos, sin perjuicio de que el tratamiento de los datos personales requiere autorización de su titular. Lo anterior es importante porque, como veremos, el registro que obliga a llevar el proyecto a los cibercafés es técnicamente una base de datos. Por lo mismo, se le aplican todos los principios y derechos de la Ley N° 19.628. Por lo mismo, aunque nada dijera esta ley, igual los dueños del cibercafé pueden tener una base de datos de sus usuarios;

IV. EL ARTÍCULO NO ES ÍNTEGRAMENTE ORGÁNICO (...)

19. Que, en efecto, el artículo 4° solo tiene una materia que es orgánica constitucional: la entrega de competencia al Juzgado de Policía Local para aplicar las sanciones que establece. Ello se enmarca dentro del mandato que establece el artículo 77 de la Constitución, pues confiere una atribución a un tribunal. Por el contrario, el resto del artículo contiene materias propias de ley común. El voto de mayoría extiende la competencia del Tribunal, aplicando el criterio del todo armónico e indivisible (Considerando 7°);

20. Que dicha interpretación, a nuestro juicio, atenta contra una doctrina consolidada sobre el alcance que puede dársele a las materias que, según la Constitución, deben ser reguladas por una ley orgánica constitucional. El criterio rector que debe inspirar la hermenéutica constitucional es el de excepcionalidad de este tipo de leyes (...)

21. (...) Luego, solo son materias de ley orgánica constitucional conforme el artículo 77 de la Constitución aquellas relativas a la organización y atribuciones de los tribunales de justicia, sin que pueda extenderse la competencia de esta Magistratura a materias ajenas a dicho ámbito; (...)

V. NATURALEZA DEL REGISTRO (...)

29. Que, en consecuencia, la base de datos que regula el proyecto de ley tiene dos marcos jurídicos. Por una parte, todas las regulaciones que el mismo establece. Por la otra, todas las regulaciones que establece la Ley N° 19.628. De acuerdo al artículo 1° de esta ley, “el tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares se sujetará a las disposiciones de esta ley”;

30. Que dicha ley resguarda lo que se denomina el derecho a la autodeterminación informativa. Es decir, se encarga de proteger a las personas de la circulación de la información que sobre ellas mismas existe en distintos centros de acopio. Dicho derecho es la dimensión activa del derecho a la vida privada. Mientras la vida privada era concebida clásicamente como la no interferencia ilegítima en la vida personal, se entendía de una manera pasiva. Era el derecho a no ser molestado. El derecho a la autodeterminación, en cambio, implica controlar los datos que circulan sobre cada uno de nosotros. Por eso, la Ley N° 19.628 se denomina sobre protección de la vida privada;

31. Que esta ley permite el tratamiento de datos personales bajo dos supuestos. Por una parte, cuando el titular consienta en ello. Dicho consentimiento debe ser expreso, constar por escrito y previa información (artículo 4°). Por la otra, cuando la ley lo permita (artículo 4°);

32. Que la base de datos que permite el proyecto es un tratamiento autorizado por una norma legal;

VI. NO SE AFECTA LA VIDA PRIVADA. (...)

34. Que no compartimos [el criterio de la mayoría]. En primer lugar, porque el mundo moderno se estructura en base al uso de información. El uso de ordenadores, el acceso a internet y a bases de datos permiten el procesamiento de gran cantidad de datos de todo tipo. Es cada vez más difícil sustraerse a esa realidad. De ahí que la forma de proteger la vida privada no sea impidiendo la creación de bases de datos, sino posibilitando conocer la existencia de estas bases y facultando al titular de los datos para pedir su eliminación bajo ciertos supuestos. Es tan evidente esta constatación que la Ley N° 19.628 parte de la base de que “toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales” (artículo 1°, Ley N° 19.628). Por eso, protege la vida privada no impidiendo el tratamiento, sino regulándolo. (...) Una interpretación extensiva del artículo 19 N° 4° de la Constitución, considerando solo la dimensión pasiva del derecho a la privacidad, pondría a nuestro comercio en una situación que le haría imposible crecer y desarrollarse;

35. Que, en segundo lugar, de no existir la norma objetada, igual el dueño de un cibercafé puede crear una base de datos con sus usuarios, haciendo uso de las facultades de la Ley N° 19.628. Será decisión de los usuarios usar o no, bajo esas condiciones, dicho establecimiento. Pero la imposición de esa condición por el dueño no implica establecer una condición abusiva de acceso;

36. Que, en tercer lugar, no hay que olvidar que el uso de un cibercafé es un acto voluntario, no forzado. El usuario concurre a él libremente. Por lo mismo, asume las condiciones de su uso. Estas tienen que ver con las conveniencias personales (ubicación, precio, calidad, etc.) y con las regulaciones propias del establecimiento y las legales, entre las que se encuentra el registro. La entrega de datos al registro, si bien es impuesta por la ley, se funda en un acto espontáneo del usuario. Si el interesado quisiera evitar registrarse, podría hacerlo, accediendo al servicio por su propia cuenta. El usuario tiene la libertad de elegir (...)

37. Que, en cuarto lugar, la norma persigue una finalidad legítima. Esta consta en la historia fidedigna del precepto. Se buscó, tal como ya se indicó, facilitar la persecución de los delitos que el proyecto de ley sanciona. Recordemos que éste busca facilitar la represión penal del acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico. Esta finalidad fue debidamente ponderada por el legislador. No nos corresponde a nosotros, como Tribunal, realizar un juicio de mérito de los actos legislativos que nos corresponde controlar (STC Rol 792/2008; 1065/2008; 1295/2009; 1346/2009), ni anteponer nuestras propias razones. Nosotros debemos controlar que estas razones sean suficientes y concordantes con la regulación que se propone (STC Rol 1295/2009). Además, este Tribunal no puede cuestionar las normas que examina sobre la base de hipótesis probables o proyecciones de efectos. El estar en un registro de un cibercafé por haber usado sus computadores, no pone a nadie en categoría de sospechoso. Si luego, en una investigación, se determina que desde ahí se cometieron delitos, ese es un problema de aplicación de la norma (...)

38. (...) El proyecto de ley objetado no obliga a registrar los sitios de internet que el usuario consulta. Tampoco los correos electrónicos que envía. Ni permite que se anote para qué emplea el computador el usuario. Solo permite que se deje constancia del hecho de su visita y del computador que empleó. Es otra norma de nuestro sistema jurídico la que obliga a que las empresas respectivas guarden la información de uso de cada cliente. Por lo mismo, sería contradictorio que se pueda conocer los sitios que un usuario de internet emplea, y que no se pudiera registrar al usuario que concurre a un cibercafé. Ello equivaldría a conocer la información, pero no quién se interconecte con ella (...)

39. Que, en sexto lugar, la norma tiene suficientes resguardos. En primer lugar, hay una obligación de reserva, cuyo incumplimiento genera sanciones. En segundo lugar, el acceso a esa información es restringido, pues solo se puede llegar a esos datos previa orden judicial de un juez

de garantía. En tercer lugar, están todos los resguardos propios de la Ley N° 19.628. Ello elimina ciertas aprensiones sustentadas en el voto de mayoría, como quién es el responsable o qué se hace con los datos, transcurrido el plazo de conservación, pues eso está regulado en esta ley. En cuarto lugar, el cumplimiento de las medidas de resguardo será fiscalizable por los inspectores municipales y Carabineros. Finalmente, están todas las medidas de seguridad que dicte el Presidente de la República mediante el reglamento que la ley obliga a expedir para tal efecto;

VII. NO SE VULNERA LA IGUALDAD ANTE LA LEY.

41. Que no compartimos [el criterio de la mayoría en ese ámbito]. En primer lugar, porque, como se desprende de la historia fidedigna del precepto, restringirlo únicamente a los cibercafés y no ampliar el registro a las universidades, bibliotecas y colegios, entre otros establecimientos, se debió al ánimo de evitar la burocratización del sistema. Además, que para los propósitos que busca el registro, la mayoría de los usuarios comprometidos en las conductas reprochadas (acoso sexual de menores, pornografía infantil y posesión de material pornográfico) usaba solo los cibercafés. Esas son razones suficientes para estos disidentes;

42. Que, en segundo lugar, hay dos razones que emanan del precepto. De un lado, la norma se aplica a todos los cibercafés, no solo a algunos. Del otro, la norma se aplica a los establecimientos comerciales cuya actividad principal sea ofrecer al público servicios de acceso a internet (...)

43. Que, en tercer lugar, como bien señalaron los parlamentarios durante la discusión del precepto, la norma podía bajar la rentabilidad de los negocios, a consecuencia de la negativa de personas celosas de su intimidad a entregar estos antecedentes sobre su identidad (Informe Comisión Mixta, pág. 16). Sin embargo, la Constitución no garantiza el éxito económico de las actividades, ni el lucro de las mismas (...)

VIII. NO SE AFECTA LA RESERVA LEGAL

45. Que no compartimos [el criterio de la mayoría en ese ámbito]. En primer lugar, no puede objetarse la sola remisión al reglamento. La potestad reglamentaria del Presidente de la República tiene rango constitucional. Por lo mismo, la ley no puede prohibir su ejercicio. Aunque la ley no convocara al reglamento, igual se podría dictar uno para pormenorizar y complementar la regulación legal;

46. Que, en segundo lugar, porque gran parte de esas condiciones están definidas por el propio precepto y por la ley de bases de datos, la Ley N° 19.628. No hay, por tanto, una deslegalización, porque la médula de la regulación está en la ley;

47. Que, en tercer lugar, porque la ley convoca al reglamento sobre un aspecto en que el Ejecutivo está en condiciones de llevar a cabo la función regulatoria: las “medidas de seguridad” que debe llevar el registro;

48. Que, finalmente, si el reglamento excede o contraviene la ley o la Constitución, el sistema jurídico contempla mecanismos para dejarlo sin efecto (...).“.

III. TEMAS PARA REFLETIR

A partir de la lectura del fallo estudiado y de sus fundamentos principales, es posible identificar varios temas polémicos y cuestionamientos importantes para la reflexión acerca de las garantías y libertades individuales en Chile. A seguir, algunas propuestas de temas para discusión.

1. Aspectos procesales

- A) ¿Cuáles son los hechos de este caso? ¿Existe una “causa” o litigio? ¿Con base en qué norma actúa el TC en este caso? ¿Esta atribución vulnera o puede producir una vulneración del principio de separación de poderes?
- B) ¿Qué razones da el voto de mayoría para reconocer aquí la existencia de un caso susceptible de ser conocido por el Tribunal en control preventivo obligatorio? ¿Cómo tratan el tema los ministros disidentes?
- C) Según el voto de disidencia, no le corresponde al TC realizar un juicio de mérito de los actos legislativos que controla, ni anteponer sus propias razones, sino que debe controlar que estas razones sean suficientes y concordantes con la regulación que se propone. Analice esta afirmación bajo la luz de las competencias que ejerce el TC. ¿En el caso estudiado, esta fue, efectivamente, la postura del Tribunal al fallar?

2. Libertades e igualdad ante la ley

- A) ¿Cómo produciría el proyecto una violación a la igualdad ante la ley desde el punto de los responsables por los cibercafé afectados? ¿Y desde el punto de vista de los usuarios de dichos establecimientos? ¿Cómo es tratado el tema en el fallo?

- B) La mayoría afirma (considerando 22°) que, *“naturalmente, cualquiera entiende -aun sin ser jurisperito- que está a salvo en su legítima discreción para circular anónima e indistinguiblemente de los demás, sin chequeos o registros, a menos que a juicio de una autoridad competente hubiera causas probables que inciten a pensar que se están perpetrando ilícitos concretos y verosímiles”*. ¿Un oficial de carabineros puede legítimamente realizar un control de identidad en la vía pública, a cualquier hora del día?¹⁶
- C) ¿El registro de usuarios de cibercafés podría vulnerar la garantía de la presunción de inocencia? ¿Qué argumentos utiliza la mayoría para defender su posición sobre este tema? ¿Y la minoría?

3. El debido proceso

- A) El voto de mayoría señala que el proyecto regula el examen de los registros de usuarios de cibercafés a petición del Ministerio Público y previa orden del juez de garantía, pero sin insertar esta norma dentro del Código Procesal Penal, ni remitirse a las formalidades que prescribe este cuerpo normativo. ¿Cómo rebate este argumento la disidencia? ¿Es posible que una ley común tenga contenido procesal penal, aunque no importe una modificación al código del ramo?
- B) Como subraya el voto de mayoría (considerando 14°), para resguardar el contenido de los archivos con los datos colectados en los cibercafé, *“se establece un genérico deber de reserva cuya infracción se castiga con una mera sanción de multa y hasta clausura temporal o definitiva, en tanto que de ser cometido análogo ilícito por empleados públicos, con perjuicio del afectado, la pena sería privativa de libertad”*. ¿Sería posible vislumbrar alguna razón para este tratamiento distinto? ¿Cómo soluciona el tema el voto disidente?

4. Concepto y contenido de privacidad y derecho a la protección de la vida privada

- A) ¿Qué palabras comúnmente asociamos con la idea de privacidad? ¿Con base en estas palabras, cuáles son las definiciones de privacidad que podemos obtener? ¿Cuál de estas definiciones se acerca más a aquella utilizada en el fallo? ¿Esta definición es la misma utilizada en el voto de minoría? Identifique la definición utilizada en otros fallos del TC. ¿Es

¹⁶ Véase artículo 85 del Código Procesal Penal.

posible identificar un núcleo o “esencia” del derecho a la privacidad en Chile, o sea, una condición necesaria y suficiente que toda situación que caiga bajo la protección de la privacidad debiera cumplir?

- B) *“Una definición satisfactoria sería aquella que se acercara en la forma más fiel posible a los usos que se le da a la palabra privacidad en la práctica jurídica, y que a la vez fuera capaz de identificar los elementos que hacen de la privacidad un bien jurídico con las características propias, de manera que pueda servir para distinguir la privacidad de otros bienes jurídicos con los que normalmente se le asocia”*.¹⁷ El término privacidad, originario del inglés *privacy*, es definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, como: 1.f. Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión. ¿Esta definición es satisfactoria desde el punto de vista de la jurisprudencia y del ordenamiento jurídico chileno?
- C) El derecho a la “vida privada” es una innovación de la CPR chilena de 1980, ya que las constituciones anteriores se limitaban a incorporar algunas dimensiones que hoy señalaríamos como pertenecientes a la vida privada “espacial” –inviolabilidad del hogar y de la correspondencia.¹⁸ Históricamente, la defensa y tutela jurídica de la vida íntima ha aparecido como una forma de tutela de un ámbito físico o territorial sobre el cual se ejerce la propiedad y la comunicación, hasta fines del siglo XIX, restringida a la correspondencia epistolar, aparece también tutelada como derecho de propiedad (sobre la carta), generando el delito de violación de correspondencia. La ampliación de la percepción del concepto de intimidad o vida privada como un interés digno de protección con autonomía del derecho de propiedad parece tener su origen en el pensamiento de John Suart Mill, según el cual la comunidad debe respetar no solo la libertad de opinión, sino también la de conducta, es decir, la libertad de conciencia, de pensamiento, expresiones, gustos y propósitos.¹⁹ ¿Es posible afirmar que el fallo estudiado acompaña la tendencia histórica recién descrita? Explique.
- D) En la jurisprudencia norteamericana, la *privacy* es entendida como el derecho individual para ser libre de indebidas injerencias gubernamentales, los individuos deben gozar de una esfera de autonomía de decisión que les permita optar libre y solitariamente lo que consideran mejor

¹⁷ UNDURRAGA (2005) p. 513.

¹⁸ GÓMEZ (2005) p. 313.

¹⁹ CORRAL (2000) p. 53.

para ellos, despreciando las convenciones sociales. La doctrina del *privacy* ha sido utilizada en casos relativos a leyes que prohibían el uso de anticonceptivos o la realización del aborto, como una nueva lectura de los criterios antiguos que se apoyaban en la protección del derecho de propiedad, para entender que la casa –y más aún el dormitorio– es un ámbito privado en el que el Estado no debe intervenir.²⁰ ¿Es correcto decir que en Chile se adopta la misma concepción de privacidad que los norteamericanos? ¿Por qué?

5. El derecho a la vida privada en el Derecho Internacional

- A) El artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos dispone:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Analice el fallo estudiado según los parámetros del referido artículo.

- B) El Tribunal de Derechos Humanos Europeo ha señalado que si las atribuciones de un organismo estatal (en el caso la Administración de Aduanas francesa) son tan amplias que puede fijar, sin necesidad de orden judicial, la oportunidad, el número, la duración y las operaciones de control sobre el domicilio del afectado, se transgrede el derecho a la vida privada (*Funke v. Francia*, sentencia de 25 de febrero de 1993). Sin embargo, ha señalado que registros domiciliarios, retenciones de personas e incluso toma de fotografías como parte de un operativo para combatir el terrorismo están justificados (caso *Murray v. Reino Unido*, sentencia de 28 de octubre de 1994). ¿Cómo se justifica la diferencia de criterio en uno y otro caso, según lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos? ¿Cómo podrían aplicarse estos precedentes al caso del fallo estudiado?

²⁰ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), citada por CORRAL (2000) p. 58.

6. Bienes jurídicos protegidos

- A) En el fallo estudiado, ¿qué es lo que se quiere proteger mediante la garantía de la privacidad? ¿Cuáles son los bienes jurídicos que subyacen a la privacidad en el caso concreto? ¿Estos bienes, o la ponderación que se hace de ellos, es la misma en el voto de mayoría y en el de minoría?
- B) En el caso Alvarado Solari con diario La Cuarta, la Corte de Apelaciones, en sentencia confirmada por la Corte Suprema, falla que no hay vulneración de la privacidad en el acto de sacar y publicar en un diario, sin permiso, una foto a una mujer que jugaba paletas en traje de baño en la playa. En este caso, ¿cuál fue considerado por la Corte como el elemento central del derecho a la privacidad? En esta decisión, ¿cómo se conjugan las ideas de “acceso prohibido”, por un lado, y pudor o tranquilidad, por otro?
- C) El artículo 161-A del Código Penal castiga al que capte, intercepte, grave o reproduzca por cualquier medio, en lugar que no sea de libre acceso, y sin la autorización del afectado, conversaciones o comunicaciones de carácter privado. ¿Este artículo provee una adecuada protección del derecho a la privacidad de las conversaciones o comunicaciones de carácter privado? ¿Por qué? Con base en los criterios expuestos en el voto de mayoría, ¿cómo fallaría el Tribunal un requerimiento de inaplicabilidad del artículo 161-A del Código Penal en un caso de grabación no autorizada de una conversación privada llevada a cabo en un restaurant?
- D) ¿Qué instrumentos contempla el ordenamiento jurídico chileno para proteger la privacidad? ¿Qué garantías constitucionales se vinculan en términos de contenido al derecho a la vida privada? ¿Qué garantías no son contempladas o lo son de manera débil o insuficiente? ¿Cómo se podrían suplir dichas omisiones? ¿El derecho a la intimidad informática puede entenderse incluido en el derecho a la vida privada?
- E) Establezca una relación de género a especie entre vida privada, intimidad y dignidad de la persona. Señale aspectos específicos de cada una de dichas esferas. ¿En cuál de las tres esferas ubicarías a la exclusión de la tortura, la prohibición del delito de conciencia, el derecho a guardar silencio en materia penal y el tratamiento especial de informaciones obtenidas bajo secreto profesional o confesión religiosa? ¿Por qué?
- F) Desde el punto de vista de la información, la vida pública en cuanto tal puede y debe ser objeto de mensajes informativos, sobre todo si la actividad de la persona es o puede ser pública, en el sentido de afectar a una

generalidad mayor o menor de ciudadanos. ¿Cuáles son los supuestos de intromisión en la vida privada? ¿Y en la intimidad?

- G) ¿Es posible contemplar aspectos de la vida privada que merezcan mayor protección jurídica que otros?
- H) Imagine que, a través de las cámaras de seguridad de un cibercafé, fuese posible identificar el usuario de un computador determinado en un horario específico y de esa manera llegar al autor de un ciberdelito. ¿Se vulneraría la privacidad del usuario? ¿Y si hubiese una cámara en cada cabina?
- I) De la lectura de la historia de la Ley n° 19.927, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil, se desprende que existen argumentos para sostener que la mera tenencia de material pornográfico infantil no debiera ser constitutiva de un delito, a menos que exista un vínculo directo de ese almacenaje con la producción, comercialización o distribución de dicho material pornográfico. Según los defensores de esta doctrina, sancionar la mera posesión de dicho material implica inmiscuirse en una esfera de la vida privada de las personas, que puede ser reprochable ética o moralmente, pero no puede traer aparejada consecuencias penales. Además, se sostiene que debe considerarse el principio de lesividad, según el cual el Estado interviene cuando existe un daño a un bien jurídico. En ese sentido, si se entiende que la tenencia de material pornográfico infantil provoca ultraje público a las buenas costumbres, no podría existir daño si la conducta es perpetrada en el ámbito privado. Si se entiende que ataca la indemnidad sexual del menor, deberá probarse la existencia de las personas que aparecen en el material, sus edades y ubicación, ya que sería ridículo pensar en la afectación de la indemnidad sexual de una persona fallecida. ¿Está usted de acuerdo con esta posición? ¿Qué argumentos jurídicos podrían utilizarse para defender la tesis opuesta? ¿Esta doctrina podría ser aplicada en otros casos, como, por ejemplo, el consumo de marihuana?

7. Autodeterminación informativa

- A) El Tribunal Federal alemán denegó un censo federal por cerca de cuatro años por los potenciales abusos que se percibían en ciertas disposiciones de la Ley de Censos del año 1982, y que podían generar en el uso de la

información requerida en perjuicio de la personalidad.²¹ En una famosa sentencia, el Tribunal desarrolló, sobre la base del derecho general de la personalidad, el derecho a la autodeterminación informativa, es decir, *“el derecho o capacidad de cada persona como consecuencia de la idea de la autodeterminación, a decidir ella misma cuándo y dentro de qué límites o márgenes se pueden revelar circunstancias personales de la vida”*.²²

- B) En la actual sociedad informatizada, el concepto de vida privada es considerado desde la doble vertiente en que, por un lado, comprendemos en ella el aspecto negativo de defensa ante intrusiones externas y, por el otro, la moderna concepción dinámica de privacidad que la entiende también como una prerrogativa de control sobre las informaciones personales que circulan.
- C) ¿Cómo trata la mayoría el tema de la autodeterminación informativa? ¿Y la minoría? ¿Cómo trata el voto de mayoría el argumento de la disidencia en el sentido que se aplicaría la Ley sobre Protección de Datos de Carácter Personal, Ley n° 19.628, a los datos recogidos en los cibercafés? Según el criterio de decisión de conflicto aparente de normas “ley especial deroga ley general”, ¿cuál sería la norma aplicable al caso?
- D) Según la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, el tratamiento de los datos personales solo podrá efectuarse cuando la ley lo autorice o el titular consienta expresamente en ello. Sin embargo, no se requiere autorización si se trata de datos que realicen personas jurídicas privadas para su uso exclusivo o de sus asociados o entidades afiliadas con fines estadísticos, de tarificación u otros.²³ ¿Cuál puede haber sido el fundamento que tuvo en consideración el legislador para dispensar estas entidades de la necesidad de autorización? ¿La colecta de datos por parte de los cibercafés se encuadra en esta categoría?
- E) Actualmente, es enorme el caudal de informaciones personales de diversa índole que manejan los bancos de datos públicos y privados. Enumere hipótesis de utilización de estos datos que sea atentatoria contra la intimidad o vida privada de las personas. En nuestra sociedad de la tecnología

²¹ La masiva recogida de datos (160 preguntas) destinados a su procesamiento electrónico, hizo sospechar a algunos sectores de la sociedad que no había finalidades estadísticas, sino más bien de control por parte del Gobierno.

²² Sentencia del Tribunal Federal alemán 65, 1/42, citada por CORRAL (2000) p. 62.

²³ Artículo 4° incisos cuarto y quinto Ley n° 19.628 de 1999.

e informática, ¿es posible controlar el caudal de información personal que circula? ¿Es posible regular adecuadamente el tratamiento de dichos datos de manera de circunscribir algunos aspectos de la privacidad para sustraerlos del torrente informativo? ¿Es posible que el uso de las herramientas que provee la informática y la multiplicidad de informaciones privadas que circulan y la creciente recopilación y almacenamiento de datos personales de la más diversa índole hayan traído como consecuencia un cambio en valores como la intimidad y la vida privada? ¿En qué sentido? ¿Hay un interés social involucrado que exige conocer aspectos personales y manejar la información pertinente proporcionándola legítimamente a quienes la requieren, y sin afectar con ello el ámbito de lo privado? ¿Está adecuadamente protegido el titular del derecho de manera de impedir intromisiones no deseadas o una indebida utilización de la información obtenida?

8. El derecho de acceso

- A) Actualmente se encuentran en trámite en el Congreso Nacional dos proyectos, que tienen como objetivo garantizar a nivel constitucional el “derecho de acceso a internet”.²⁴ Según la moción parlamentaria presentada en uno de ellos²⁵, con la reforma “se garantizará el principio denominado ‘Acceso Universal’, que consiste en que cualquier habitante de la nación, con independencia de su ubicación geográfica, podrá tener acceso a Internet y no tan solo acceso, sino con una calidad determinada y un precio asequible.” La moción señala que el tema ha sido regulado en países como Finlandia, Suiza, Francia, España, Australia y México, y que se trata de un complemento para la satisfacción de otros derechos como el acceso a la información, el derecho a la educación, la libertad de expresión, entre otros.

Por otro lado, junto con la ampliación del acceso a internet en Chile, vienen problemas como lo que en el Derecho anglosajón se conoce como *childgrooming*, entendido como la práctica de contactar a menores en sitios de conversación mediante identidades simuladas para sostener con ellos conversaciones de carácter sexual con el objeto de conseguir que

²⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2007), propone una “Reforma constitucional que incorpora como un derecho esencial el de acceso a conectividad de información digital”, en trámite desde 12/10/2006; y BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2007a), que “Establece la garantía del acceso universal a las tecnologías de la información y la comunicación”, en trámite desde 16/06/2010.

²⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2007a).

el menor envíe imágenes suyas para procurar su excitación sexual, o incluso encontrarse físicamente para abusar de ellos.²⁶

¿El derecho de acceso a internet debe ser considerado un derecho fundamental? ¿El rol de derechos fundamentales consignados en la CPR es taxativo o enumerativo? ¿Cómo podría materializarse un eventual derecho constitucional al acceso a internet desde el punto de vista de las políticas públicas? ¿Y desde el punto de vista de los jurisdicionados? ¿Qué ventajas se presentan al jurisdicionado el que un derecho esté consagrado constitucionalmente? ¿No es suficiente para asegurar el derecho de acceso lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley n° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones (*«Todos los habitantes de la República tendrán libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones y cualquier persona podrá optar a las concesiones y permisos en la forma y condiciones que establece la ley.»*)?

9. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la protección de la vida privada

- A) Analice la siguiente jurisprudencia del TC en materia de protección de la vida privada y compare cada una de las decisiones expuestas con el fallo estudiado, desde el punto de vista de los intereses y bienes jurídicos en conflicto en cada caso. ¿Con qué bienes jurídicos se relaciona el derecho a la vida privada en cada una de las sentencias? ¿Cuáles fueron los bienes jurídicos ponderados? ¿Cuál fue el bien jurídico considerado más importante en cada caso? ¿Cuál es el caso que más se asemeja al fallo estudiado?

- a) *Rol n° 389-2003-CPR*, control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica el Código Penal en materias de lavado y blanqueo de activos.

En este caso, el TC consideró que el artículo 2° inciso 1° letra b) del proyecto era inconstitucional porque otorgaba a la Unidad de Análisis Financiero facultades discrecionales para recabar todo tipo de antecedentes respecto de cualquier persona, sin que se acote su competencia al ámbito estricto en que podría justificarse y sin que se establezca parámetros objetivos de actuación del órgano, lo que

²⁶ Moción parlamentaria a través de la cual se inicia la tramitación del proyecto que culminó con la promulgación de la Ley n° 20.526, que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil.

transgrede la privacidad, la inviolabilidad de la comunicaciones y la dignidad humana, garantizadas en los arts. 19 n° 4, 19 n° 5 y 1 de la CPR. Además, se consideró que el proyecto no contemplaba controles heterónomos, especialmente de naturaleza judicial que pudieran evitar o rectificar la violación de los derechos a la privacidad y a la reserva de las comunicaciones.

El Tribunal señaló que la privacidad integra los derechos personalísimos o del patrimonio moral de cada individuo, los cuales emanan de la dignidad personal, y son, por su cualidad de íntimos de cada sujeto, los más cercanos o próximos a esta característica, única y distintiva, del ser humano. Por tal razón, ellos merecen reconocimiento y protección excepcionalmente categóricos tanto por la ley, como por los actos de autoridad y las conductas de particulares o las estipulaciones celebradas entre éstos (considerando 20). El TC agregó que el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad (considerando 21).

- b) *Rol n° 433-2005-CPR*: control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que sustituye la Ley n° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

En este caso, el Tribunal entiende que la atribución del Ministerio Público para solicitar entrega de documentos sin limitación afecta el derecho a la privacidad, y afirma que el legislador tiene la facultad de limitar el ejercicio de derechos pero siempre con la restricción de no afectar la esencia de éstos. La habilitación para vulnerar éstos derechos que entrega a un órgano, sin reservas ni determinación de pautas objetivas y sujetas a control, vulneran el derecho de un procedimiento e investigación racionales y justos y vulnera en la esencia los derechos a la vida privada y reserva de comunicaciones privadas (considerandos 26, 28, 30, 32 y 34).

- c) *Rol n° 1365-2009-INA*: requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 5°, 6°, 16, 17, 18 y 1° transitorio, inciso segundo, de la Ley N° 19.970, que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN.

El Tribunal entendió que la toma de muestras biológicas en forma forzada para extraer la huella genética e incorporarla al Sistema

Nacional de Registros de ADN puede llegar a limitar el derecho a la integridad física y psíquica, así como al derecho a la privacidad (c. 18). Sin embargo, el derecho a la integridad física y psíquica de una persona condenada no se ve menoscabado en su esencia, toda vez que la inclusión de su huella genética en el Registro de Condenados a que se refiere la Ley N° 19.970 solo supone la toma de muestra biológica sin mayor detrimento corporal ni espiritual. De la misma forma, no se afecta la esencia de su derecho a la privacidad en la medida que la esfera íntima que toda persona desea resguardar de la injerencia de terceros no sufre ningún detrimento, en este caso, que no sea el estrictamente indispensable para la identificación respectiva, lo que, incluso, puede ser decisivo para probar su inocencia en la comisión de futuros hechos delictivos (considerando 37).

La toma de huella genética a una persona condenada es una limitación legítima de la privacidad constituida por lo que la ciencia asocia a la obtención del “ADN no codificante”, que no permite revelar ni indagar otras características de la personalidad –distintas de la identidad– o de la ascendencia de la persona afectada. La ley garantiza el carácter secreto del Sistema Nacional de Registros de ADN, en cuanto solo puede ser consultado por el Ministerio Público y por los tribunales o por los órganos públicos a quienes ellos autoricen. Por otro lado, la ley impone el deber de reserva sobre la información relacionada con los registros respectivos a toda persona que intervenga en la toma de muestras, obtención de evidencias y determinación de huellas genéticas. Puede afirmarse, entonces, que la privacidad de las personas condenadas, que se encuentran en los supuestos descritos por la Ley N° 19.970, se ve afectada, en forma precisa y determinada, y solo en la medida que dicha afectación coadyuve al cumplimiento de los objetivos que persigue el legislador (considerando 27).

- d) *Rol n° 1683-2010-INA*, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal, que dispone “*El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio*”.

En este caso, el Tribunal señala que el derecho a la privacidad es la situación de una persona, en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones de agentes externos y ajenos a su interioridad física o psicológica y las relaciones que mantiene o tuvo con otros. Sin embargo, afirma que este derecho puede tener limitaciones legales por

finalidades razonables, además de la intromisión estatal justificada en caso de realización de hechos delictivos (cc. 38, 39 y 41). El derecho a la privacidad cede ante la protección del derecho a la indemnidad sexual, siendo este delito una limitación legal al derecho de privacidad fundada en la protección especial a los menores de edad que por falta de madurez no pueden ponderar las consecuencias de su conducta (considerando 41).

- e) *Roles n° 1732-2010-INA y 1800-2010-INA* (acumulados), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo décimo, letra h), de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública.

El Tribunal afirma que se encuentran fuera del ámbito protegido de la vida privada aquellos datos o aspectos que acarreen repercusiones para la ordenación de la vida social y pueden afectar derechos de terceros e intereses legítimos de la comunidad. La publicidad de las remuneraciones de los requirentes responde al principio de transparencia de la función pública y está establecida por el legislador en procura de resguardar la probidad y el correcto funcionamiento de una empresa que tiene una importante misión social establecida por ley. La aplicación de los preceptos impugnados no afecta la igualdad de TVN, pues la diferencia que se aduce discriminatoria responde a un hecho objetivo, posee un fin lícito y deseado por la CPR, establece una restricción mínima y razonable respecto de sus competidores, además de cumplir con las formalidades constitucionales (tener el carácter de una ley de quórum calificado).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2007): “Boletín n° 4612-07, que propone una Reforma Constitucional que incorpora como un derecho esencial el de Acceso a Conectividad de Información Digital”. Disponible en: <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>>. Fecha de consulta: 22 de agosto 2011.

_____ (2007a): “Boletín n° 6987-07, que establece la garantía del acceso universal a las tecnologías de la información y la comunicación”. Disponible en: <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>>. Fecha de consulta: 22 de agosto 2011.

_____ (2011): “Historia de la Ley n° 20.526, que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de

material pornográfico infantil”. Disponible en: <<http://www.bcn.cl/histley/periodos?p=2011>>. Fecha de consulta: 22 de agosto 2011.

CORRAL, Hernán (2000): “Configuración jurídica del derecho a la privacidad: origen, desarrollo y fundamentos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27 n° 1, pp. 51-79.

GÓMEZ, Gastón (2005): “El derecho a la vida privada en la jurisprudencia de protección”, *Derechos fundamentales y recurso de protección* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales) pp. 313-419.

UNDURRAGA, Verónica (2005): “La privacidad como bien jurídico”, en Varas, Juan (coord.), *Estudios de Derecho Civil* (Santiago, Editorial LexisNexis) pp. 509-530.

JURISPRUDENCIA CITADA

1° Tribunal de Juicio Oral En lo Penal de Santiago, *Riquelme Gutiérrez con Duarte Caroca* (2008): 17 de noviembre de 2008, R.U.C. 0800205760-4, R.I.T. n° 111-2008.

Corte Suprema, *Middleton Bengoa y Harseim Nemes con Ministerio Público* (2009): 18 de agosto de 2009 (recurso de nulidad), rol n° 3557-2009.

Tribunal Constitucional, *Molina Vallejo con Fuenzalida Calvo y otros* (2009): 2 de noviembre de 2010 (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), rol n° 1419-2009-INA.

Tribunal Constitucional, *Iberoamericana de Energía Ibener S. A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2006): 27 de julio de 2006 (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), rol n° 480-2006-INA.

Tribunal Constitucional, *Quilaqueo Bustos con Director Regional de Gendarmería de la Región de la Araucanía* (2009): 8 de abril de 2010, (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), rol n° 1365-2009-INA.

Tribunal Constitucional, *Cabezas Villalobos y otros con Televisión Nacional de Chile* (2010): 21 de junio de 2011 (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), rol n° 1732-2010-INA y rol n° 1800-2010-INA (acumulados).

Tribunal Constitucional, *Sepúlveda Álvarez con Ministerio Público* (2010): 4 de enero de 2011 (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), rol n° 1683-2010-INA.

Tribunal Constitucional, *Oficio n° 4521, enviado por la Cámara de Diputados* (2003): 28 de octubre de 2003 (control previo de constitucionalidad), rol n° 389-2003-CPR.

Tribunal Constitucional, *Oficio n° 5344, enviado por la Cámara de Diputados* (2005): 25 de enero de 2005 (control previo de constitucionalidad), rol n° 433-2005-CPR.

Tribunal Constitucional, *Oficio n° 9190, enviado por la Cámara de Diputados* (2011): 12 de julio de 2011 (control previo de constitucionalidad), rol n° 1894-2011-CPR.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Constitución Política de la República de 1980, modificada por Decreto n° 100, de 17 de septiembre de 2005.

Código de Ética Profesional, vigente desde el 1 de agosto de 2011, aprobado en la sesión ordinaria del 4 de abril de 2011 del Consejo General del Colegio de Abogados de Chile.

Código Penal, actualizado al 22 de noviembre de 2016.

Código Procesal Penal, actualizado al 12 de octubre de 2000.

Ley n° 16.643 de 4 de septiembre de 1967, que fija el texto definitivo de la Ley n° 15.576, sobre abusos de publicidad.

Ley n° 18.168 de 2 de octubre de 1982, Ley General de Comunicaciones.

Ley n° 19.366 de 30 de enero de 1995, sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Ley n° 19.423 de 20 de noviembre de 1995, que agrega disposiciones que indica en el Código Penal, en lo relativo a delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia.

Ley n° 19.628 de 28 de agosto de 1999, sobre protección de la vida privada.

Ley n° 19.927 de enero de 2004, modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil.

Ley n° 19.970, de 6 de octubre de 2004, que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN.

Ley n° 20.285, de 20 de agosto de 2008, sobre Acceso a la Información Pública.

Ley n° 20.526 de 13 de agosto de 2011, que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil.